

POR EL PATRONAZGO QVE INSTITVYO EL CAPITAN MARTIN SANZ DE VBAGO, DIFVNTO.

EN EL PLEYTO

CON GREGORIO SANZ DE VBAGO SV HERMANO,

Se ſuplica a V. m. paſſe los ojos por eſte Apuntamiento.

N.1. ES Hecho aſſentado en eſte pleyto, confeſſado y probado por el Actor. Lo primero, que eſtando el Capitan Martin Sanz de Vbago, por Agoſto del año daſſado de 635. grauemente enfermo, dio poder al Padre Fray Pedro de Ieſus, Religioſo Deſcalço de la Santiſsima Trinidad, al General Don Antonio de Oquendo, y a Lope de Vlloqui, *Para que en mi vida (dize) ó deſpues de mi fallecimiento, puedan hazer, ordenar, y otorgar mi teſtamento, y la diſpoſicion de mis bie-*

nes: y especificando mas lo que han de hazer, les da facultad *para que le entierren donde les pareciere, y con el funeral que ordenaren: para que declaren sus deudas y obligaciones, &c. para que hagan las mandas, legados y fundaciones que les tiene communicado.* A que añade: *Y para q̃ se nombren por Albaceas, que yo desde luego los nombro, juntamente cõ Iuã de Olarte, el Contador Diego Lopez de Valmaseda, y el Padre Fr. Iuan de la Cruz, Religioso de San Francisco.* Y llegando a la institucion de herederos, les da poder *para instituir* (dize) *que yo desde luego instituyo y nombro por mi legitima y vniuersal heredera a mi alma, para que por ella los dichos Comissarios distribuyan y apliquen el dicho remaniente y rentas que le p[...]tenecieren en las dotaciones, memorias, mandas, Capellanias, &c. que les dexo communicado.*

2 Lo segundo es assentado tambien, que dos o tres dias despues (assi lo dizen algunos testigos, y en particular el Escriuano, presentados por la parte contraria) hallandose algo mejor el mismo Martin Sanz, hizo y otorgò su testamento cerrado, y luego vn codicilo, cõ que estuuo hasta que por el año de 637 ordenò que se los truxessen de casa del mismo Escriuano donde estauan, y los abrio para hazer otro, el qual tuuo ajustado y sacado en limpio; si bien no pudo otorgarlo por auerle sobreuenido vn accidente, de q̃ murio de improuiso: y assi se hallô juntamente con el que auia abierto en su escritorio, y lo rubricò el Escriuano, como tambien lo deponen casi todos seis testigos en la pregunta y en particular Fray Iuan de la Cruz: con lo qual el Padre Fray Pedro de Iesus, y Lope de Vlloqui, dos de los Comissarios del poder, en su virtud otorgaron el testamento, aplicando la hazienda al alma del difunto, en cõformidad de su institucion, haziendo cierto Patronazgo y Obras pias, que se han ydo executando no solo con sabiduria del actor, sino lleuando y percibiendo la renta que en èl le mandaron, hasta que por Iulio de 642. ocultando todo esto, pidio la possession destos bienes, diziendo que su hermano auia muerto ab intestato, y que assi era su heredero legitimo, la qual se le mandò dar sin perjuyzio de tercero, y con audiencia, y sin citar al Patronazgo, hasta que salio a esta causa, pretẽdiendo ser manutenido en su possession.

3 Esto supuesto en el Hecho, dos cosas emos de ajustar en este papel. La primera, que el Actor ni es parte en este pleyto, ni

en

en ningun modo puede ser heredero ab intestato del Capitan Martin Sanz de Vbago su hermano. La segunda, que la Dispo sicion fecha por el Padre Fray Pedro de Iesus, y Lope de Vlloqui se debe sustentar, y ha de valer.

Articulo Primero.

4 PAra excluir al Actor deste pleyto, y dela pretension que en èl ha introduzido por vno y muchos medios, no se necessita de mas que de sus mismas alegaciones y probanças, q̃ contienen lo que queda notado en los numeros 1.2.3. considerando, que en efecto confiessa el poder que su hermano dio, que tiene dos partes: vna la institucion pura y perfecta de su alma por heredera; y otra vna facultad, para que sus Comissarios ordenen su testamento, que se entiẽde lo demas, v.g. el funeral, mandas, declaraciones, &c. Porque en quanto a la substancia de la institucion, no pudieron obrar cosa alguna, como expressamente lo decide la ley. 7. in finalibus verbis, tit. 4. lib. 5. compilat. Y asi lo notaron en ella los Regnicolas todos: Con lo qual, quien dixere que huuo segundo testamento, con cuyo otorgamiento asi la institucion, como la facultad referidas se desvanecieron, necessita de probarlo, como fundamento de su intencion, conforme la ley Actor, quod asseuerat, Cod. de probationib. cum vulgarib. aduirtiendo que no le bastarà probar, que huuo testamento segundo, sino que fue omnibus numeris absolutum, nempe con todas las solemnidades y requisitos que debe tener: porque aunque es principio llano de Derecho del. §. posteriori, institut. quibus modis testamenta infirmantur, y de los textos de dõde se sacò, quos recenset ibidem Pichard. con quien concuerdan la ley 8. 21. 22. y 23. tit. 1. part. 6. que con el segundo testamento queda reuocado el primero, para ello es menester, que el segundo iure perfectum sit. Dixo esto el mismo, §. posteriori, ibi: *Posteriori quoque testamento quod perfectum est, superius rumpitur.* Por ilacion lo puso la ley 2. ff. de iniusto, rupto, irritoque facto testamento, ibi: *Tunc autem priùs testamentum rumpitur, cùm posterius iure perfectum est*, l. cùm in secundo, 16. ff. de iniusto, rupto. Et de iure nostro adest textus, in l. 23. tit. 1. part. 6. ibi: (*á de.echo es, que el testamento*

que es fecho acabadamente, no se desate por otro que no fuesse cumplido. ley 25. eodem tit. ibi: *E que faga otro acabadamente.* Docent hoc communiter Doctores in his locis, præcipuè Pichard. in dict. §. posteriori, qui plura congerit. Pulchrê Oynotomus, ibidem, ibi: *Ad hoc igitur, vt posterius testamentum tollat primum, necesse est vt posterius sit validum, & solemniter factum, quod hæreditas ex eo possit adiri, licèt de facto non adeatur; si enim fuerit imperfectum, & per se inualidum, priorem voluntatem solemnem perimere non potest.* Videndus Franciscus Marques, decis. Delfin. 319. tom. 1. per totam, Michael Crassus in tractatu successionum, verb. testamentum, quæst. 86. num. 1. Matienço in l. 1. tit. 4. lib. 5. compilat. Gloss. 7. verb. *aunque el testador*, num. 5. ad finem. Vicentius Fusarius cons. 83. num. 17. Antonius Gama, decis. 245. num. 1. vbi eius additionator congerit plures: & vt vnum pro multis afferam, videndus Hippolitus Riminaldus Iunior cons. 235. tom. 3. vbi ad saturitatem. Y procede esto con mas aprieto en el caso presente, por dos causas: la primera, respecto de que como queda assentado, la primera institucion se hizo al alma, para Missas, Capellanias, Memorias, Suffragios, &c. & sic fauore piæ causę. Conque entra la resolucion comun, que enseña, *Institutionem, vel testamentum fauore piæ causæ factum habere clausulam derogatoriam ad testamenta subsequentia, & sic necessariam esse reuocationem specialem, nec generalem sufficere.* Asi Trintacinquio, lib. 1. resolut. 6. de rescript. num. 18. vers. contra hanc declarationem, despues de Paulo de Castro, y Curcio Iunior; y exemplificandolo, dize, *Quòd tunc non sufficit; si in secundo testamento dicatur, volo istud valere, non obstante quocumque alio testamento à me facto, quia esset reuocatio generalis.* Latissimè, & cum copiosa allegatione Doctorũ Bardelonio cons. 44. num. 1. que pone la forma que la reuocacion ha de tener, ibi: *Nisi in ipso secundo dicatur, non obstante primo, quod nolo valere.* Crassus de successionibus, §. testamentum, quęst. 86. num. 5. ex pluribus. Y aunque estos Doctores hablan de testamento fauore filiorum otorgado, idem procedit in causa pia instituta. Sic Tiraquellus de priuilegijs pię causæ, priuilegio 5. ex pluribus, Rota apud Farinac. in posthumis, decis. 321. n. 1. tom. 2. Vtiliter, ac latè omnino videndus Riminald. Iunior, consil. 235. imò quod magis est, en esta materia mas se fauorece a la causa pia, que a los hijos; como con muchos Doctores

que

que alega, lo prueba Tiraquelo, de reuocandis donationibus, verbo donatione largitus, num. 326. Mejor, y mas copioso lugar es el de Mantica de coniecturis, lib. 5. tit. 5. num. 56. Mas latamente Menochio cons. 170. num. 1. & 2. tom. 2. Y mejor q todos omnino videnda Rota diuersorum nouissima, parte 2. decis. 74. num. 16. vbi mirabiliter, y bien a nuestro proposito distinguit causam piam respicientem honorem Dei, & salutẽ animæ, à causa pia respiciente pietatem humanam. Et in indiuiduo loquens de causa pia, idem resoluit Franciscus Viuius decis. 292. num. 4.

5 Confirma lo dicho la ley 8. tit. 1. part. 6. cuyas palabras son estas: *Mudar, e reuocar puede el Padre, o el abuelo el testamento, o la manda que huuiere fecho entre sus hijos, en alguna de las maneras que diximos en la ley antes desta, faziendo despues otro testamento acabadamente, ante siete testigos, y diziendo en èl, como muda y reuoca el otro que fiziera primero: câ si el segundo testamento no fuesse asi acabado, no se desataria por ende el primero.* Donde el señor Gregorio Lopez asienta estas cõclusiones, que son a nuestro proposito. La primera, que este texto se entiende, etiamsi primum testamentum fuisset nuncupatiuum. La segunda, que estas dos cosas, *testamentum secundum, & derogatio prioris*, se requieren copulatiuamente, y que no bastarà derogar el primer testamento, sino es que añadiò el testador, *quia volebat decedere intestatus.* Lo tercero, que el testamento inter liberos habet tacitã clausulam derogatoriam. Lo quarto, quòd non sufficit generalis clausula, cassans, & reuocans omne aliud testamentum, nisi etiam expresserit, quòd cassat quodcumque testamentum etiam factum inter liberos. Lo quinto, y vltimo, que lo mismo procedit, quando in primo testamento fuit instituta pia causa.

6 La segunda sea, que vamos hablando de Derecho del Reyno, conforme al qual por la ley 1. titulo de los testamentos, lib. 5. compilationis, se dà muy bien testamento sin heredero, como notaron los Regnicolas todos, ibidem: præcipuè Matienço, qui bene rem prosequitur, gloss. 10. per totam, a diferencia del Derecho comun, conforme al qual no solo no podia auer testamento sin heredero, imò se auia de començar por la institucion del. Y asi dixo este autor, al principio de la Gloss. 10. *Hæc est notabilis valdè, & correctoria non infimæ partis iuris*

 commu

communis, nam iure communi Imperatorum, & Regio partitarum, caput, & radix, & fundamentum testamenti erat institutio hæredis, &c. De manera que no se sigue bien, hizo testamento, luego est omnibus numeris absolutum, cum hæredis institutione, & cum clausula derogatoria speciali primi illius testamenti, & institutionis, que son las calidades que ha de tener, para que por èl quede reuocado el primero, en que pia causa instituta sit.

7 De lo dicho se infiere con llaneza, que no tiene probado la parte contraria, que el Capitan Martin Sanz de Vbago su hermano reuocasse la institucion fecha en el primer testamento, o poder para testar, por ninguno de los dos modos con que la debia probar; nempe, mostrando que en el segundo testamento instituyesse heredero, vel saltem, que en èl huuo reuocaciõ especial de la institucion que auia hecho a su alma: porque en quanto a lo primero, no solo no ay testigo que tal diga, pero ni tal cosa està alegada en el discurso del pleyto. Y en quanto a lo segundo, solo dizen los testigos, que en el testamento que otorgò hallandose mejor, dos o tres dias despues del poder, huuo la clausula ordinaria, en que *reuocaua todos y qualesquiera testamentos, &c.* que es la reuocacion general, que de estilo ponen los Escriuanos, y la que como està dicho, no basta, quando la instituciõ es fauore liberorum, vel piæ causæ; por manera que aunque el testamẽto segundo no se huuiera roto, y al tiempo de la muerte quedàra entero y valiera, la institucion hecha en el primero, quedàra firme, ex ipsismet allegationibus contrarijs.

8 Y mas si se ponderassen las defensas del Patronazgo, por el qual està probado en este particular, como positiuamente siẽpre quiso el dicho Capitan, que fuesse su heredera su alma, y assi lo dixo constãtemente antes y despues de la enfermedad, hasta que murio. La qual probança se cõpone, no como quiera, sino de cinco testigos contestes, mayores de toda excepcion, personas que le assistieron, y comunicaron mucho: y digo que son mayores de toda excepcion; porque aunque a los dos o tres dellos les conuiene que el poder se sustente: & sic los legados que en su virtud les hizieron los Comissarios, en que se sustente la institucion del alma hecha por el dicho Capitan, & sic indepẽdiente del poder, & quid ab eo distinctum

& sepa-

& separatum, no les và interesse alguno. Componese tambien ex ipsa serie, & ordine rerum: probança aun mas euidente y eficaz, porque como queda notado, lo que el dicho Capitan hizo en la primera disposicion, fue instituyr su alma por heredera, y agrauado de la enfermedad remitiò a sus Comissarios lo que èl no podia hazer, y ellos pudieron obrar, que fue la disposicion de las Capellanias, &c. la qual hizo êl dos o tres dias despues, cessando ya el impedimento con la mejoria que tuuo, assistiendole Fr. Iuan de la Cruz; esto es lo cierto, y verisimil: Principio que comunmente deducen los Doctores, de la ley 1. §. idem Pomponius 1. ff. depositi, y de la ley Iulianus, ff. qui satisdare cogantur: de donde infiriò Boerio, Albarado, y otros que refiere el señor Don Iuan del Castillo, lib. 4. cap. 37. num. 12. quòd *actus subsequens potiùs pro executione, & confirmatione voluntatis præcedentis, quàm quòd sit nouus actus, aut noua dispositio interpretari debeat.* Porque pensar que en tan breue tiempo mudò de voluntad, y reuocô la dicha institucion hecha en fauor de su alma, ni la parte contraria se ha atreuido a alegarlo, ni el Derecho lo presume: como latissimamente probò dictus Dominus Castellus eod. cap. 37. tom. 4. per totum, que discurre por muchos casos. Rursus el abrir el segundo testamento, vel vt meliùs dicam, el cumplimiento del primero, fue para alterar algunas cosas que no estauan a su gusto, como dizen los testigos de la parte contraria, principal mente el Escriuano, y dos de sus Oficiales; & perinde no para mudar la institucion, sino para perficionarla, y con desseo de dar mejor forma a las obras pias: y assi dize el segundo testigo, que es el Oficial mayor, que preguntò al Escriuano, si tenia algun testamento, por el qual pudiesse seguirse, que se lo embiasse; y que le respondio, que el Beneficiado Lucas Perez con poca hazienda auia hecho vna disposicion muy luzida, y que se la embiò: de lo qual no necessitaua, si quisiera no instituyr su alma por heredera. Y con ninguna cosa se prueba mejor, que con la vltima disposicion, que como dizen todos los testigos de la parte contraria, fue la que perficionò, con assistencia de su Abogado, y la que quiso otorgar, y la que se hallò en su escritorio sacada en limpio, luego que espirò, y se hizo rubricar del Escriuano, la qual contiene la fundacion de las

obras

obras pias, en que la hazienda toda se auia de distribuyr: ergo de primo ad vltimum siempre el dicho Capitan persistiò en la voluntad primera, sin que por ningun acto de quantos hizo quedasse reuocada.

9 Empero demosle a la parte contraria lo que no ha alegado, ni probado, nempe q̃ el segundo testamento fue perfecto, y q̃ en el huuo institucion de heredero, y reuocacion indiuidua y especial de la primera institucion: y en terminos de el tendrà la misma exclusion, porque aunque sea assi, que qualquiera vltima voluntad, inter quas principem locum obtinet testamentum, *vsque ad extremum vitæ spiritum mutari possit*, que es lo que dixo a la letra el cap. vltima voluntas 13. q. 2. el cap. cum Marta de celebratione Missarum, la ley 4. ff. de legatis. 3. la ley cum hic status. §. pœnitentia. ff. de donationibus inter. l. omnium, Cod. de testament. l. si quis. Cod. qui testamenta facere possint, quibus consonat lex 25. tit. 1. de los testamẽtos, part. 6. y otros muchos Derechos. Con todo esso no se sigue de aqui la consequencia que la parte cõtraria quiere inferir, nempe que eo ipso que se reuoque, suceda el heredero ab intestato, porque demas de la reuocacion, es necessario que conste se hizo con voluntad de morir sin testamento, y en orden a que el heredero ab intestato sucediesse, ora porq̃ assi lo expressasse el testador, ora porque aya de donde pueda esta voluntad conjeturarse, veluti si se passasse mucho tiempo sin hazer otro testamento. Esta es a la letra la decision del texto en la ley sancimus, Cod. de testamentis, y la del §. ex eo autem, instituta quibus modis testamenta infirmantur, ibi: *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere*, donde Acurcio litera. H. glosò, *Scilicet dicendo hæc verba: Nolo testamentum quod feci valere*. A que añadio la Glosa marginal de Gofredo: *Nisi declaret voluntatem suam in actis coram testibus, & post lapsum decennij, &c.* Enseñòlo assi Bartulo en la ley si iure, n. 3. ff. de legatis. 3. Alexandro en el cons. 104. *Paucis vtar*, volumine 2. vbi Marci Antonij scholium multos cõgerit: la decision de Vincencio de Franchis 287. es muy buena, donde reduze la materia á tres conclusiones, quas ex multis comprobat, y la primera es, *Simplex reuocatio, vel quod sit facta coram septem testibus, coram tribus, vel apud acta non tollit testamentum per prius factum,*

nisi

nisi concurrat decennium, Surdus conſ. 320. tomo 3. nu. 10. & 11. & melius deciſ. 128. per totam, præcipuè numer. 2. & 9. vbi plures congerit, addo Oinotomum in §. ex eodem autem inſtituta quibus modis teſtamenta infirmantur, ibi: *Primô quod ſola pænitentia, & nuda voluntate teſtatoris primum teſtamentum non infirmatur adeo, quod ſi teſtator coram ſeptem teſtibus dicat ſimpliciter nollo iſtud teſtamentum valere, non tamen per hæc verba teſtamentum revocatur, niſi currat etiam curſus decem annorum; idem ſi teſtator adjceret ſe nolle teſtatũ, ſed inteſtatum decedere, quia tunc venientes ab inteſtato vocati intelliguntur.* Optimê Luduuiſius deciſ. 446. per totam, que es quien habla mas en fauor de los herederos ab inteſtato, porque ſe contenta con que aya *quodcumque voluntatis inditium*, de que la reuocacion ſe quiſo hazer en ſu fauor: inſinitos ferè congerit Gracianus 3. tomo diſceptationum forenſ. diſcept. 558. nu. 3. 4. & 5. donde añade, *Non eſſe recedendum â ſupra dicta opinione, tanquam magis vera, & communi, maximè in decidendo.*

10 Y procede eſto, no ſolo quando el teſtador dixo que no queria valieſſe ſu teſtamento, ſino tambien quando ſiendo el teſtamento in ſcriptis, cortô los hilos, y lo abrio. Aſsi entendio el ſeñor Gregorio Lopez la ley 24. tit. 1. part. 6. verb. deſataſe, ibi: *Vide de materia huius legis notabile conſilium Oldradi*, 144. en el qual la primera concluſion que aſsienta, es, *quod aut conſtat quod per inſitionem, cancellationem, aut reuocationem teſtamenti voluit Paterfamilias decedere inteſtatus*: y entonces dize: *Veniẽt venientes ab inteſtato, & habebitur in effectu; perinde ac ſi nullum vnquã fuiſſet conditũ teſtamentũ.* Por manera q̃ no ſe cõtenta cõ ſola la inciſion, o cancelacion. Addo el conſejo, o la deciſ. 5. de Gomez de Leon en la centuria, donde pondera la inciſion y el tranſcurſo de los diez años, vt videre eſt num. 2. & 6. Mejor mucho, y mas copioſa es la deciſion de Maſtrillo 132. cuyo titulo es, *Teſtamentum patris ſolemniter confectum, & Notario traditũ ſi ab eo recuperetur, & apertum, deſutumque reperiatur penes patrem: an apud liberos valeat?* Y en ella tambien pondera auer paſſado tiẽpo de mas de nueue años de mas de la cancelacion, vt videre eſt num. 48.

11 Dedonde ſe infiere legitimamente, que ſi el teſtador reuocaſſe el teſtamento que tenia otorgado, para hazer otro. Et ſic no con animo de morir ab inteſtato, antes por el contra-

rio, de hazer testamento, aunque morte præuentus, no lo pueda conseguir, los herederos ab intestato no pueden tener entrada, imò potiùs, quod magis est, el testamento no quedàra reuocado. Assi lo resoluiò Graciano, discept. forens. 490. num. 41. ibi: *Nec debet attendi prædicta reuocatio testamenti, quæ dicitur facta per Siluiam matrem, quia ex ista reuocatione non fuit annullatum primum testamentum, in quo Domina Olympia fuit instituta hæres, cùm ex lectura illius appareat non fuisse talem reuocationem factam simpliciter, sed animo & intentione condendi aliud testamentum, quod facit vt testatrix non habuerit actum pro perfecto, & per consequens non tollitur primum, nisi secundum fiat, & perfectè consumetur; & sic primus hæres, & non alius censetur à testatrice vocatus, &c.* Mejor es la disceptacion 558. del mismo tomo 3. porque en ellas disputa y resuelue este punto muy de espacio, con grande copia de Doctores que alega, respondiẽdo à las objecciones que se le podian oponer. Y porq̃ el pleyto en que esta disceptaciõ se escriuio, fue muy reñido en la Rota, se hallan en el tomo 4. otras dos disceptaciones, en que se comprueba mas esta resolucion, que son la. 763. y la 764. dõde entre otras se hallaràn dos extensiones bien notables. La primera, que procede, etiamsi contineatur in reuocatione fauor liberorum, vel causę pię. La segunda, que procede, aunque la reuocacion se haga con juramento. Y se hallarâ tambien la razon verdadera y genuina, en que todo esto se funde, nempe que la voluntad de reuocar, con animo de otorgar otro testamento, es voluntad *incompleta, quæ ad nihilum valet, cùm eius defectus procedat à iure naturali, cum quo nullus dispensat*, vt multis relatis probat num. 25. dicta discept. 763.

12 Con que no se puede negar, que procederà esto mismo, quando el testador cortò los hilos del testamento cerrado, como el dicho Martin Sanz de Vbago hizo, non animo decedẽdi ab intestato, antes de lo contrario, como deponen todos los testigos: y assi no se sabe, quo iure quiere Gregorio Sanz de Vbago sucederle ab intestato, contra resoluciones tan manifiestas, maximè considerando que sus mismos testigos dizẽ que testò *algunas clausulas del testamento*; no empero que las testasse todas, ni que llegasse a la institucion de heredero: con lo qual, aunque su animo no fuera hazer otro testamẽto, no auia succession ab intestato. Resoluio o con otros, que alega Mantica

rica de coniecturis, lib. 12. tit. 1. num. 31. ibi: *Sed ita demum testamentum præsumitur cancellatum fauore venientium ab intestato, quando testator cancellauit, vel induxit totum testamentum, sed si non omnia, quæ scripta sunt in testamento deleuit, tunc non videtur omnino intestatus voluisse decedere, argumento legis Tribunus, §. cùm aliquis, ff. de militari testamento. Ita Oldradus cons. 144. num. 2. & infrà laté explicat, quód si testator cancellauerit testamentum in aliqua parte, vtputà nomen vnius hære dis, in alijs partibus non cancellatis, firmum manet, & hæreditas cohæredibus applicatur.* Craueta cons. 128. num. 1. Iulius Clarus lib. 3. §. testamentum, quæst. 93. Idem docet Farinac. cons. 105. num. 78. Crassus de succesionibus, quęst. 85. num. 3. y los que estos citan.

13 Finalmente demosle tambien a la parte cõtraria, que el segũdo testamento quedò roto y chancelado, y vengamos al tercero que el Capitan Martin Sanz de Vbago hizo, y quiso otorgar, si bien morte præuẽtus no pudo; y por èl tambien le excluiremos, porque certò certiùs est que las disposiciones ad pias causas no necessitan para su validacion de mas de q̃ qualitercumq; constet *sic testatorem voluisse*. Dizen esto los DD. por terminos bien encarecidos, porque vnos resueluen *testamentum ad pias causas nutu factum valere*: assi lo enseña Marta de succesione legali tom. 1. p. 3. pag. 1142. nu. 11. Pedro Surdo cons. 380. n. 56. Carolo Ruino cons. 71. n. 17. lib. 3. Tiraquel. de priuilegijs piæ causę priuileg. 8. Rota diuersorum in nouissimis, decis. 74. optimè Menchaca de succesionum creatione. §. 22. n. 13. Otros resueluen que el testamento ad pias causas non indiget solemnitatibus: sic Castrensis cons. 93. n. 1. lib. 1. Iason in. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto num. 10. Cod. de testamentis, Iulio Claro. §. testamentũ. q. 6. in fine, Graciano disceptatione forensi. 605. n. 25. que es todo quanto se puede apretar.

14 De que se conuence, que estando como està probado con todos los testigos de la parte contraria, como su hermano tenia trabajado su testamento, y sacado en limpio, y q̃ por auer embiado a llamar su Abogado para otorgarlo en su presencia, y no auer venido, le quedò para otro dia, en el qual morte præuentus no pudo hazer el otorgamiento; y assi lo dexò en su escritorio, donde se hallô y rubricò; necessariò fatendum esse

valere

valere. La resolució de Menchaca de succesionum creatione, lib. 3. §. 22. nu. 6. §. quid dicendum, es muy buena, y del proposito: *Considera* (dize) *plures casus: Primus quando testator qui volebat facere testamentum nuncupatiuum, illud ordinauit in quadam schedula, & iussit vocari testes, & Tabellionem vt coram eis ea quæ in schedula conscripta erant, recitarentur: sed morte præuentus fuit, ante quam testes accederent, & tunc magis est vt testamentum valeat tam inter liberos, quàm ad pias causas, si per confessionem partium, vel aliás legitimè probetur quód erat voluntas testatoris; quia eo casu integra erat voluntas ipsius testatoris, neque aliud quidquam addendum erat*; donde comprueba esto con muchos DD. que es a la letra nuestro caso.

ARTICVLO SEGVNDO.

15 QVando concedamos al contrario todo lo que en sus alegaciones afirma, nempe, que la institucion que su hermano hizo, y el poder que dio para testar, quedaron reuocados con el testamento que despues otorgò; y que este se reuocò tambien, por auerse abierto, y borrado algunas de sus clausulas; ac denique, que el vltimo no llegò a otorgarse, ni a tener forma de testamento; todavia constanter asserimus, que la primera institución, el poder q̃ en ella se dio, y el testamento, y Patronazgo q̃ en su virtud se hizo, se deben sustẽtar, y han de valer. Y la razon es, porque todas las vezes que qualquiera disposicion valiò en su principio, y despues se anulò por algũ obstaculo, o impedimẽto que sobreuino, si illud impedimentum remoueatur, reuiuiscit, y cobra valor y fuerças. Es buen texto para probar esta conclusion la ley Posthumus, 12. ff. de iniusto rupto, que dize asi: *Posthumus præteritus, viuo testatore natus, decessit; licét iuris scrupulositate, nimiaq; subtilitate testamentum ruptum videatur; attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundúm tabulas accipere hæres scriptus potest, remq; obtinebit, idcircó legatarij; & fideicommissarij habebunt ea, quæ sibi relicta sunt securi, &c.* donde sacô Bartulo por conclusion, y con èl todos los Doctores, *testamentum ruptum posthumi agnatione, eo decedente viuo testatore conualescit*; y Decio nota, que en este texto concurrieron dos cosas, quibus testamentum conualuit. La primera, que ab initio en realidad de verdad fue valido, *Cùm posthumus natus non*

non fuisset, cùm testamentum factum fuit, vt sic conueniat cum lege cùm filius, 7. ff. de liberis, & posthumis; en la qual era el hijo nacido, quando el padre le preteriò. La segunda, que el testador al tiempo de su muerte podia hazer testamento, & sic mucho menos era conualecer el primero. Bueno es el texto en la ley si quis pro filio, 6. ff. de iniusto rupto, en el §. quatenùs 12. ibi: *Quatenus autem diximus, ab hostibus capti, testamentum irritum fieri, adijciendum est, postliminio reuersi vires suas recipere*; y concluye, *ergo & si quis damnatus capite; in integrum indulgentia Principis sit restitutus, testamentum eius conualescet*. Por manera, que si ab initio el testamento fue valido, & ex postfacto le viene alguna nulidad o impedimento que lo irritan, sublato impedimento, seu nullitate, reuiuiscit. Aun mejor dixo esto el §. non tamen, 6. instit. quibus modis testamenta infirmentur, *Non tamen per omnia inutilia sunt testamenta, quæ ab initio iure facta, per capitis diminutionem irrita facta sunt, nam si septem testium signis signata sunt; potest scriptus hæres secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modó defunctus, & ciuis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit; nam si irritum factum sit testamentum, quia ciuitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptiui patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundûm tabulas bonorum possessionem petere*. Empero el mejor texto es la ley qui ex liberis, penultima, §. testamento, ff. de bonorum possess. secundum tab. que dize assi, *Testamento facto Titius arrogandum se præbuit, ac postea sui iuris effectus vita discessit, scriptus hæres si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur, quia dando se arrogandum testator cum capite, fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transferat, planè si sui iuris effectus, codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori declarauerit, voluntas quæ defecerat, iudicio recenti reuiuisci intelligitur, non secùs ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret, nec putauerit quisquam nuda voluntate constitui testamentum, non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quanquam actori opponatur, ex persona tamē eius qui opponit, æstimatur.*

16 Fundados en estos Derechos, y en otros muchos que alegan, tuuieron esta resolucion muchos y muy graues Doctores, y los que mas ex professo la controuirtieron ex eis, quos ego viderim, son Cephalo en el cons. 519. donde docta y la-

tamente la prueba. Sequitur Fachineus controuersiarum iuris lib.5.cap.93.a quien inticulò *Primum testamentum, quod posteriore reuocatum intelligitur qua ratione reuiuiscat, si posterius incisum, & reuocatum sit à testatore.* Y entiende bien este Autor aquellas palabras de la ley qui ex liberis, §. testamento, ff. de bonorum possess. secundùm tabulas, ibi: *Non enim de iure testamenti maximé quæritur, sed de viribus exceptionis,* que dieron que entender a muchos, y que inquirir, *an primum testamentum iure actionis, an iure exceptionis reuiuiscat?* siendo muy diferente la mente del Consulto, el qual considerò al que tenia en fauor el primer testamento o institucion, no roto, no chancelado, &c. como a quien en êl tiene fundada su intencion, y està en lo regular: y al que opone que el dicho testamento quedò reuocado por el segundo, que despues se hizo, o por la capitis diminucion, como reo q̃ se vale desta excepcion, de cuya fuerça dize que se ha de tratar en tal caso; & sic estando eneruada con auerse roto el segundo testamento, o acabado la arrogacion, quid mirum que no se admita: *Hæc est* (dize) *illa exceptio, de cuius viribus est quærendum: nam hæres institutus ex priore testamento petit bonorum possessionem: exceptio est, testamentum ruptum esse propter capitis diminutionem; iam exceptio ista infirmatur, & nullas vires habet, si sui iuris effectus testator, &c.*

17 Sea el tercero la Rota en las decisiones diuersorum nouissimas, 1.p.decis.795. per totam, donde en el num.10. se dà vna buena razon desta resolucion, nempe, *Ita demúm testatorem à priori testamento recedere voluisse, si posterius valiturum sit: attenditur enim causa cassationis primi testamenti, quæ causa nulla alia est, nisi vt valeat secundum testamentum.* De donde saca vna diferencia muy grande entre los dos casos que se dudan en la dicha ley qui ex liberis, §. testamento, y en el primero, quando quis arrogandum se dedit, como esta fue voluntad absoluta, & sic por ella el primer testamento se reuocò absolutamente, dize, que es menester que se pruebe como el auerse hecho sui iuris, fue porque el primero su testamento valiesse; at en el segundo caso quando con el otorgamienro del segundo testamento se reuocò el primero, como la reuocacion fue eo animo, vt secũdum testamentum valeret, & sic non absoluta, sed conditionalis, afirma que no es menester otra probança de que quiso que

valiess

valiesse el primero que romper el segundo testamento. Et in summa dize en el num. 19. *Elicitur ex illo textu, quód testamentum eius, qui se dedit in arrogationem irritatur, nisi nova voluntate approbetur: & ratio assignatur á Bartulo, & Doctoribus in. d. §. quatenus sic licet, quia sponte se dedit in arrogationem, & sic mutavit voluntatem, & ista mutatio voluntatis fuit absoluta, non conditionalis vt in casu nostro, &c.*

18 El quarto es Menochio en el cons. 176. tom. 2. donde latamente interpreta la dicha ley qui ex liberis. §. testamẽto, principalmente en aquella palabra *Nec putaverit quisquam nuda voluntate testamentum constitui*: y afirma que no dio el testador mas señal en aquel caso de que queria que el primer testamento valiera, que romper el segundo: *Et verè Papinianus loquitur* (dize en el num. 7.) *fortiori in casu, nempe quando is testator nil aliud vel dixit, vel fecit quâm incidere secundum illud testamentum*, &c. Y asi afirma que en su hypotesi corre esta decision con mas facilidad, porq̃ el testador dixo que queria le heredasse el instituido en el testamento primero. Y es de aduertir, que va hablando este autor, vt videre est nu. 9. quando el instituido en el primero testamento no posseia, antes su contrario: y asi tenia contra si la doctrina de Saliceto, y el entendimiento comun de este texto, por el qual institutus in secundo testamento actionem non habet, sed tantummodo actionem.

19 Lo mismo juzgò la Rota en la decis. 321. de Farinacio en las posthumas tom. 2. que aun es en caso mas apretado q̃ el nuestro, porque demas de que huuo tres testamentos, dos que se hizieron, y otro que no llegò a otorgarse, en el primero faltaron las solemnidades del Derecho q̃ en el nuestro huuo, y cõ todo esso *vrgebat Societas SS. Annunciatæ*, dize, *contendebatq́ primum testamentum valere, non obstante defectu solemnitatum; cúm illæ non requirantur in testamento ad piam causam, secundum sibi non obstare, quia eo ipso quód reperitur cassum â testatore, sine factione tertij prætendebat reuiuiscere primum, &c.* Y la decision fue, *quare cûm res appareret vndequaque inuoluta, placuit Dominis pro nunc firmare, quod primum testamentum fuerit validum, non obstante defectu solemnitatum, cûm fuerit conditum ad pias causas, &c.*

Sea el vltimo Iuan Del querrio, en el lib. 2. de sus dissertaciones, dissertat. 3. donde desde el num. 30. disputa indiuidualmente el caso deste pleyto, vt videre est en la proposicion que

del

del Hecho haze, his verbis; *Verùm, ne inuolutum aliquid, aut obscurũ cõtineat disputatio claram facti speciem firmabo, testatrix condidit primum & secundum testamentum, vtrumque iure perfectum; tertium denique, sed imperfectum, seu nullum: primum mansit integrum, neque vlla in parte delctum, cancellatum, aut incisum secundum, testatrix incidit euidenter in hũc finem, vt idem testamentum reuocaret, & nihilominùs testator decederet;* que es a la letra lo que aqui passô. Las palabras del verſ. *Neque quod testatrix*, son muy de notar, donde excluye lo que se pudiera oponer, de auer començado tercera vez a testar, *Neque quod testatrix voluerit* (dize) *tertium testamentum condere, ideô minus videri debet per cassationem secundi rediisse ad primum, passim enim contendit aduersaria tertium, siue postremum testamentum esse nullum, ac inutile id, si verum est tertium, non erit in causa cur primum inciso secundo non sit ratũ, firmumq; quia perpetuum est in testamentis, vt quisque testator ita demúm á priori testamento velit recedi, si posterius validum sit; si posterius valet, cessat quæstio, posteriore non valente quodcumque antea factum est, & mortis tempore iure factum inuenitur, valet, & ex eo petitio est. §. ex eo, quibus modis testamenta infirmantur diui Pertinacis oratione cautum est* (*inquit Iustinianus*) *ne aliàs tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, nisi sequentes iure ordinatæ, & perfectæ fuerint, nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

20 De donde se infiere bien, que la primera disposicion hecha por el Capitan Martin Sanz de Vbago, en que dexò su alma por heredera, para que sus bienes se conuirtiessen en Missas, Capellanias, Fũdaciones, &c. y el poder, que para disponerlas dio a sus Comissarios, que ab initio no se puede dudar sino q̃ valiò, vtpote habens omnes solemnitates, quæ à iure requirũtur, quedò al tiempo de su muerte en su fuerça y vigor, roto el segundo testamento, y no llegado a otorgar el tercero. En que me parece digno de ponderar, que en el §. posteriore, institut. quibus modis testamenta infirmantur, pide Iustiniano en los demas testamentos, para que irriten, o reuoquen el primero, no solo que sean solemnes, sino que sean perfectos, *Posteriore testamento*, dize, *quod iure perfectum est, primum rumpitur*: y aũ mas se declarò en el §. ex eo solùm, siguiente, ibi: *Ne aliâs tabulæ priores iure factæ irritæ fiant, nisi sequentes iure ordinatæ, & perfectæ fuerint; nam imperfectũ testamentum sine dubio nullũ est.* E inquiriẽdo quãdo estâ perfecto el testamẽto, se hallarà, q̃ entonces està perfecto,

quan

quãdo muere el testador, & hæreditas adita est, vel potest adiri, l. omnium, Cod. de testam. iuxta illud Pauli ad Hebræos, quod à nostris vsurpatur: *Vbi enim testamentũ est, mors necesse est intercedat testatoris, &c.* q̃ es lo mismo q̃ quiere dezir el principio vulgar, *Vltima voluntas deambulatoria est vsque ad mortem*; nempe, que hasta entonces no està en estado de obrar, ni tiene su perfeccion: desuerte que paraque el testamento obre sus efectos, y entre ellos la reuocacion del primero, no se considera en el Derecho, hasta q̃ el testador muere, y claro està que si antes se rompe, se chancela, ò se reuoca, & sic tempore mortis testatoris non est in rerum natura, ni es testamento perfecto, ni llega a romper el primero; el qual viene a hallarse vnico, sin quiẽ le cause reuocacion, conque impropriamente se dize, que reuiuiscit, sino que verdaderamente no muere.

21 Quod confirmatur, conque si todos los Doctores, como se ha visto, dizen que en la reuocaciõ que el testador haze por el segundo testamento, del primero, va embeuida la condicion, *Si secundũ valeat, & sit firmũ, & perfectum*, ergo no cumplida la condicion, no llegò la reuocacion tampoco. A puntò este discurso con su agudeza Baldo, en la ley sancimus, Cod. de testamentis, num. 4. y del lo tomò nuestro Menchaca de succesionum creatione, lib. 2. §. 15. requisito 17. n. 110. donde cõ su acostumbrada elegancia dize; *Ergo etsi posteriori testamento superius testamentum infirmetur; tamen si testator posteriores tabulas cancellauit, hoc animo vt priores valerent; etsi omnia solemnia denuò non adhibuerit, quinimò nihil solemnium adhibuerit, priores tabulæ substinentur: Cuius rei ratio illa est, quòd testamentum illud semel factum, per mutationem voluntatis infectum reddi non potuit, sed tantùm viribus euacuatum; quæ vires facilè reddi, ac recuperari redeunte voluntate possunt, &c.* Algo entendiò Menochio en el consil. referido 176. si bien hablò impropriamente, præcipuê num. 10. ibi: *Et primum non procedit quando superst materia & forma, nam tunc res extinct a sublato impedimento reuiuiscit*, porque ay gran diferencia de estar impedida, a muerta. Mejor lo entendio la Rota en la dicha decision. 321. en las posthumas de Farin. 2. tom. al nu. 1. ibi: *Quod confirmabatur ex eo quod testamenta recipiunt vires suas à die mortis testatoris, & proinde cum eo tẽpore secundum testamẽtum reperiatur cassum, necesse est quod remaneat primum cùm non habeat quod sibi obstet; ex quo secundum, stante cassatione, nõ*

E repe-

reperiatur in rerum natura. Este fue el principal fundamento de Delquerrio, dicta discept.3. lib.2. à nu.30. præcipuè vers. quod autem, donde dize: *Quod autem alibi in iure dicitur prius testamentum per posterius ipso iure tolli, id igitur intelligi oportet, si posterius supersit eo tẽpore quo de testamenti confirmatione, vel infirmatione agitur, nempe cum testator moritur, sed cùm posterius euanuit, quia incisione, vel aliter reuocatũ sit, non magis posterioris ratio habetur, vt prius rupisse videatur, quam si nunquam, vel ab initio minus rectè factum esset, quo sane casu non rũperet.* Et rursus vers. *Et tantum, ait, In casu incisi testamenti vllam requiri testatoris declarationem, vt etiam primum modo sit integræ formæ, & solẽnitatis iure ciuili & prætorio valeat, ne quidquam testatore dum secundum incidebat protestante nolle primum esse ratum, quia non nuda voluntate, aut sola pœnitentia, testamentum iure perfectum infirmatur, quod rationem manifestam habet; nam cúm testamenta postremo vitæ momento facta intelligãtur, dicanturque idcirco postrema summa vltima testatorum elogia & decreta, licet quis dicat se priores tabulas valere nolle, tamẽ si tabulas deleat, aut conscindat denuó immutasse voluntatem non iudicatur, non enim in potestate testatoris est facere, vt id testamentum non valeat quod non ligitimo modo est infirmatum, & quod lex morte testatoris confirmauit.* Laudo Antonium Fabrum de coniecturis lib.10. cap.18. à num.10.

22 De donde parece, que se prueba bien, no solo que la institucion que el Capitan Martin Sanz de Vbago hizo de su alma por heredera, siempre valiò, y fue firme, sino que tambien lo fue el poder q̃ dio para testar a sus Comissarios, porque aora lo estimemos por contrato, ora por vltima voluntad, como en realidad de verdad lo es, y se prueba de la ley 39. de Toro, donde en el se piden las mismas solemnidades que en el testaméto. El fin q̃ tuuo en darlo el susodicho fue, querer no morir ab intestato. Con lo qual, aunque se quiera dezir, que por el segundo testamento se induxo reuocacion del, esta reuocació ha de lleuar imbibitã, & innatã illam conditionem, *Si hoc testamentum valeat, & firmũ sit*: Y a esto mirã las palabras del poder, *para que en mi vida, y despues de mi muerte puedan hazer mi testamento.* Es verdad que en nuestro caso tenemos mucha mas facilidad que en todos aquellos, en que escriuieron estos Doctores; porque como està apuntado, hemos probado dos cosas. La primera, que el Capitan Martin Sanz de Vbago siempre quiso que su alma fuesse su heredera, y esta fue su voluntad constante, sin

auer

auerla jamas műdado, ni reuocado, porque su variedad fue en el modo de las obras pias, en que se auia de gastar su hazienda. La segunda, que su voluntad fue, que las personas, a quien dio poder para testar, vsassen del en qualquier caso que êl no lo pudiesse hazer: y assi lo dixo, quando abriô el testamento segundo, y quando le aduertian que lo boluiesse a hazer, ne fortê intestatus decederet: por manera que quando queramos estar en la rigurosa opinion de aquellos que en la dicha ley penult. §. testamento, quieren voluntad positiua, y no se contentan con la que se presume, de auer roto la segunda disposicion, la tenemos ya probada, aun con mucho mayor probança de la q̃ los Doctores piden, que se contentan con indicios, y con conjeturas, como bien notò Antonio Fabro de coniecturis, dicto lib. 10. cap. 18. *Sufficiat igitur*, dize, *fidem litteris constare, quibus testator declarauerit eodem se testamento mori velle, licèt nec duobus testibus sint munitæ, etsi nec subscriptionem aut testatoris, aut testium habeat, nec diem, nec consulem; nam cùm exceptio ista æstimetur ex persona non actoris cui opponitur, sed rei qui opponit frustra quæras, quot testibus, seu quibus modis probari debeat; aut vestiri voluntas testatoris ne nuda sit, habet siquidem hæres fundatam (vt nostri loquuntur) intentionem ex testamento vtili, &c.* Y daremosle de barato, estar posseyẽdo el Patronozgo, y ser este vn juyzio possessorio, y tener la parte contraria aprobada esta disposicion con auer estado aqui quando se hizo, y auer ydo cobrando cada año la renta que por ella se le mandô, y auer estado a su cargo las Obras pias que en su tierra se fundaron.

Conque parece que el Patronazgo tiene justicia, y assi la espera conseguir de V.m. sub cuius auspicijs hęc, &c.

Lic. Antonio Perez.